Background Paper BP-285E

WRONGFUL CONVICTIONS IN THE CRIMINAL JUSTICE SYSTEM

Philip Rosen
Senior Analyst

January 1992

Library of Parliament
Bibliothèque du Parlement

Research Branch

93-01849/

The Research Branch of the Library of Parliament works exclusively for Parliament, conducting research and providing information for Committees and Members of the Senate and the House of Commons. This service is extended without partisan bias in such forms as Reports, Background Papers and Issue Reviews. Research Officers in the Branch are also available for personal consultation in their respective fields of expertise.

©Minister of Supply and Services Canada 1992
Available in Canada through
your local bookseller
or by mail from
Canada Communication Group -- Publishing
Ottawa, Canada K1A OS9

Catalogue No. YM32-2/285E
ISBN 0-660-14574-X

CE DOCUMENT EST AUSSI PUBLIÉ EN FRANÇAIS

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

TABLE OF CONTENTS

Page

INTRODUCTION 1

PRESENT LAW 3

PRESENT PRACTICE 8

PROBLEMS WITH PRESENT LAW AND PRACTICE 11

REFORM PROPOSALS 13

PROPOSAL FOR CHANGE 14

CONCLUSION 16

RECYCLED PAPER

CANADA
LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

WRONGFUL CONVICTIONS IN THE CRIMINAL JUSTICE SYSTEM

INTRODUCTION

The legitimacy of the criminal justice system is based largely upon both its effectiveness and its fairness. Its effectiveness is judged by its ability to investigate and detect crime, identify offenders and mete out the appropriate sanctions to those who have been convicted of offences. Its fairness is judged by its thoroughness and the efforts it makes to redress the resource imbalance between the accused and the state at the investigatory, pre-trial, trial and appellate stages. The system does this by providing evidentiary protection and effective legal representation at all points.

Wrongful convictions undermine the two prongs of the criminal justice system's legitimacy. If someone is wrongfully convicted, that person is punished for an offence he or she did not commit and the actual perpetrator of the crime goes free. As well, public confidence in the system declines when wrongful convictions are identified.

The criminal justice system is based on the fundamental legal value that an accused is legally presumed to be innocent, until adjudication after a trial. This is in contradiction with the public expectation that most of those charged with criminal offences are, and will be found to be, guilty. Wrongful convictions undermine both this fundamental legal value and this public expectation since they show that the presumption of innocence may be honoured in its breach and that the criminal justice system does not only deal with the guilty.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Public attention has in recent years been brought to the issue of wrongful convictions by the Donald Marshall case in Canada(1) and the Rubin "Hurricane" Carter case in the United States.(2) There are probably fewer truly wrongful convictions than claimed, but there may still be a surprising number. It has been claimed that in Great Britain, the wrongful conviction rate may be as high as .1% - or one out of every thousand people. Another estimate is that there may be 15 cases of wrongful convictions each year in Great Britain. Academic studies in the United States indicate that between one-half and 1% of persons convicted of serious offences did not commit the crime. It has also been suggested by the Criminal Justice Research Centre that as many as 6,000 persons a year are wrongfully convicted of felonies in the United States. There are no similar estimates of the number of wrongful convictions in Canada. An official with the Department of Justice recently estimated that the Department receives about 30 applications a year for the review of criminal convictions.(3)

The causes of wrongful convictions are easy to identify: irregularities and incompetence at the investigatory, pre-trial, trial and appellate stages of the criminal justice system. More particularly, Kaiser identifies the following contributory factors, among others: false accusations, misleading police investigative work, inept defence counsel, misperceptions by Crown prosecutors of their role, factual assumption of an accused's guilt by actors in the criminal justice system, community pressure for a conviction, inadequate identification evidence, perjury, false confessions, inadequate or misinterpreted forensic evidence, judicial bias, poor presentation of an appellate case, and difficulty in having

---

(1) Royal Commission on the Donald Marshall Jr. Prosecution, *Report*, Province of Nova Scotia, December 1989.

(2) Sam Chaiton and Terry Swinton, *Lazarus and the Hurricane: The Untold Story of the Freeing of Rubin "Hurricane" Carter*, Viking, Toronto, 1991.

(3) Jim Middlemiss, "Guilty Until Proven Innocent," *Canadian Lawyer*, November 1991, p. 20-25.

RECYCLED PAPIER RECYCLÉ

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

fresh evidence admitted at the appellate stage.(4) Each instance of determined wrongful conviction illustrates a different combination of failures in the criminal justice system that have prevented it from functioning effectively and fairly.

Because findings of wrongful conviction represent a basic undermining of the integrity of the criminal justice system, the procedures established for the review of such cases are extraordinary in nature and are rarely invoked successfully. For it to be otherwise would be to put in question the criminal justice system's legitimacy and, by bringing attention to its fallibility, to weaken public confidence in it.

This paper has a relatively modest purpose - it will examine only one of the extraordinary recourses available in this country for the review of criminal convictions: applications under s. 690 *Criminal Code* (Cr.C.)(5) to the Minister of Justice for mercy. This recourse is being examined because in recent years it has been the object of considerable controversy in relation to a number of particular cases of alleged wrongful conviction. The paper will outline the law and practice as they now are and identify some of the problems. Recent reform proposals will be described and a proposal for change will be set out.

PRESENT LAW

Perhaps the oldest form of relief from a punishment is the exercise of a pardoning power by a sovereign authority.(6) There are

---

(4) H. Archibald Kaiser, "When Justice is a Mirage: A Primer on Wrongful Conviction," Paper presented at the Conference on Wrongful Conviction, Human Rights Centre, University College of Cape Breton, 24 June 1991; see also: James McCloskey, "Convicting the Innocent," *Criminal Justice Ethics*, Winter/Spring 1989, pp. 2 and 54-59, where many of the same points are made. Mr. McCloskey is Head of the Centurion Ministries - this organization has investigated the David Milgaard case.

(5) R.S.C. 1985, c. C-46.

(6) See: David P. Cole and Allan Manson, *Release from Imprisonment: The Law of Sentencing, Parole and Judicial Review*, Carswell, Toronto, 1990, p. 399-409.

RECYCLED RECYCLÉ

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

three means of exercising the pardoning authority in Canada: the Governor-in-Council (federal Cabinet) may grant a person convicted of an offence a free pardon or a conditional pardon under s. 749 Cr.C.; application may be made to the Solicitor General of Canada for a pardon under the *Criminal Records Act;* (7) and application for mercy to the Minister of Justice may be made under s. 690 Cr.C. It is this last provision that is the focus of this paper. As well, s. 751 Cr.C. provides that the *Criminal Code* provisions do not limit the Crown's royal prerogative of mercy, thus preserving a traditional historical source of pardoning authority in Canada.

Section 690 Cr.C. reads as follows:

> The Minister of Justice may, upon an application for the mercy of the Crown by or on behalf of a person who has been convicted in proceedings by indictment or who has been sentenced to preventive detention under Part XXIV,
>
> (a) direct, by order in writing, a new trial or, in the case of a person under sentence of preventive detention, a new hearing, before any court that he thinks proper, if after inquiry he is satisfied that in the circumstances a new trial or hearing, as the case may be, should be directed;
>
> (b) refer the matter at any time to the court of appeal for hearing and determination by that court as if it were an appeal by the convicted person or the person under sentence of preventive detention, as the case may be; or
>
> (c) refer to the court of appeal at any time, for its opinion, any question on which he desires the assistance of that court, and the court shall furnish its opinion accordingly.

This type of recourse has been in Canadian criminal law since at least 1886(8) and was part of Canada's first *Criminal Code* in 1892.(9) It was amended by Parliament in 1923,(10) 1953(11) and

---

(7) R.S.C. 1985, c. C-47.

(8) R.S.C. 1886, c. 181, ss. 38 and 39.

(9) S.C. 1892, c. 29, s. 748.

(10) S.C. 1923, c. 41, s. 9.

(11) S.C. 1953-54, c. 51, s. 596.

RECYCLED RECYCLÉ

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

1969,[12] since when it has been unchanged, although it was consolidated in the 1970 and 1985 Revised Statutes of Canada. The 1892 version only allowed the Minister of Justice to order a new trial. The 1923 amendment added what are now subsections (b) and (c) allowing the Minister of Justice to refer a case to a court of appeal as if it were an appeal by the accused or to seek that court's opinion on a particular question. The 1953-54 amendment made some technical, drafting changes in the section as it then was. Finally, the 1969 amendment extended the provision to cover not only those convicted of indictable offences, as it had done since 1892, but also those who had been sentenced to preventive detention (dangerous offenders).

Section 690 Cr.C. thus provides the Minister of Justice with discretion to deal with applications for mercy. Such applications are available only to those convicted of indictable offences and those sentenced to preventive detention. If the Minister of Justice chooses to exercise this discretion, he or she may do so in one of three ways:

(a) if the Minister is satisfied that a new trial or hearing is required by the circumstances, such a new trial or hearing may be ordered;

(b) the Minister may at any time refer the matter to a court of appeal for hearing and determination as if it were an appeal by the convicted person or the person in preventive detention; or

(c) if the Minister requires the court of appeal's opinion on any question, the matter may be referred to that court for its opinion, which it is required to furnish.

Each method for the exercise of ministerial discretion is separate and has different procedural, evidentiary and redress implications.

Under s. 690(a) Cr.C., the Minister of Justice must be satisfied in the circumstances that a new trial or hearing should be directed. No criteria or principles of interpretation are set out by which an applicant can determine what evidence must be provided to satisfy the Minister of this. The fact that a new trial or hearing is ordered means that the Crown has the evidentiary burden of proving all constituent

---

(12) S.C. 1968-69, c. 38, s. 62.

RECYCLED RECYCLÉ

elements of the offence beyond a reasonable doubt to secure a conviction. Similarly, the accused has all the procedural and evidentiary benefits of being a defendant in a trial before a court of first instance. Additionally, both the Crown and the accused have full rights to appeal procedural and evidentiary rulings as well as any acquittal/conviction or any sentence to the court of appeal and ultimately, with the court's leave, to the Supreme Court of Canada.

Under option (b), the Minister of Justice refers the matter to the court of appeal, which deals with it as if it were an appeal by the convicted person or the person under sentence of preventive detention. This means that the convicted or detained person has the procedural and evidentiary burden of convincing the court of appeal of the wrongful nature of the original conviction or sentence of preventive detention. This may be done by arguing that there were errors of identification or inadequacies in the forensic evidence, or that since the original conviction new evidence has come to light or there has been a recantation of key evidence. Because of the strict nature of the rules of evidence, the court of appeal will only admit fresh evidence that did not exist or that could not have been discovered with reasonably diligent efforts at the time of the original conviction. These rules are, because of the extraordinary nature of the recourse under s. 690 Cr.C., to be applied with a degree of flexibility.(13)

The powers of a court of appeal on hearing an appeal are set out at s. 686 Cr.C. An appeal may be allowed if the verdict is unreasonable or cannot be supported by the evidence, if the trial court judgment should be set aside because of a wrong decision on a question of law or on any ground that there was a miscarriage of justice. In any such case, the conviction is to be quashed and an acquittal is to be entered or a new trial is to be ordered. An appeal may be dismissed where the court believes the accused has been properly convicted on one count of the indictment, where the court believes no substantial wrong or miscarriage of

---

(13) *Reference Re: Regina v. Gorecki (No. 2)* 32 C.C.C. (2d) 135 and *R. v. Marshall* (1983) 57 N.S.R. (2d) 286.

RECYCLED RECYCLÉ

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

justice has occurred or where any procedural irregularities caused the accused no prejudice. In any such case, the court orders the verdict that should have applied and affirms the sentence, imposes the appropriate sentence or directs the trial court to impose the sentence warranted in law. Any decision by a court of appeal is, with leave, appealable to the Supreme Court of Canada.

Under s. 690(c) Cr.C., the Minister of Justice asks the court of appeal for its opinion on any question on which its assistance is required and the court of appeal must do as requested. The Minister, of course, is not bound by the opinion received from the court of appeal. Because this is a reference for a judicial opinion, the procedures and rules of evidence usually applicable before courts of appeal will be interpreted with greater flexibility than in regular appellate proceedings. Because of the nature of ministerial option (c), it is unclear if it would be appealable to the Supreme Court of Canada.

There has not been a great quantity of caselaw under s. 690 Cr.C. Cole and Manson have made the following capsule summary of these cases:

> It is not uncommon for prisoners who have exhausted all statutory routes of appeal to seek the intervention of the Minister of Justice. The past few decades reveal a small number of cases which have been returned either to a trial court or to an appellate court. This often arises when there is reason to believe that the convicted person was the wrong person. ... There have ... been examples of section 617 [now s. 690] being used in respect of the fitness of sentences imposed in light of new psychiatric evidence and whether, in light of psychiatric evidence not adduced at trial, a prisoner was insane within the meaning of section 16 of the *Criminal Code*. In these kinds of cases, the reference resulted in each being treated as if it was a new appeal, albeit in light of new and fresh evidence. Other references have sought the opinion of the court on specific legal or evidentiary issues such as, for example, whether new evidence indicated that an accused was incompetent at the time of his trial to instruct counsel and whether new evidence would be admissible at a new trial in light of concerns about its probative value and its nature as, potentially, hearsay.(14)

---

(14) Cole and Manson (1990), p. 409-410; references to case citations have been removed from the quotation by the author of this paper.

RECYCLED RECYCLÉ

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

PRESENT PRACTICE

As indicated by Cole and Manson, applications to the Minister of Justice under s. 690 Cr.C. for mercy is available to and resorted to only by offenders who have exhausted all other statutory routes of appeal. Only a small number of s. 690 Cr.C. applications to the Minister are successful in obtaining intervention. This is reflected in the following table.

Applications for Mercy (s. 690 Cr.C.)(15)

Fiscal Year	Number of Applications	Number of Interventions
1985-86	34	0
1986-87	30	0
1987-88	35	0
1988-89	20	1
1989-90	27	0

Figures for fiscal year 1990-1991 were not available at the time this paper was in preparation. The Minister of Justice did intervene in the Nepoose case (involving recantations of trial testimony) under s. 690(b) Cr.C. when, on 15 June 1991, she referred this case for review to the Alberta Court of Appeal.(16) This case will undoubtedly figure in the 1991-92 Annual Report of the Department of Justice.(17)

Although these statistics are of some assistance, taken alone, they may be misleading. They do not reflect the nature and complexity of applications to the Minister for mercy. Some applications are accompanied by a minimum of supporting information and documentation. Investigations may be lengthy and involve difficult evidentiary and

---

(15) This information is drawn from the Department of Justice, *Annual Reports*, for the fiscal years 1985-86 to 1989-90.

(16) Letter of 17 June 1991 from Minister of Justice to counsel for Nepoose and Department of Justice, *Press Release*, 19 June 1991.

(17) On 29 November 1991, the case of David Milgaard, a s. 690 Cr.C. application, was referred by Order in Council to the Supreme Court of Canada under s. 53 of the *Supreme Court Act*, R.S.C. 1985, c. S-26.

RECYCLED RECYCLÉ

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

forensic issues which have to be fully canvassed. In some cases, it may take considerable time to locate witnesses and documents. Not all applications are received and investigated to a conclusion in the same fiscal year.

The Department of Justice does not have rules of procedure, guidelines or an application form for dealing with applications to the Minister for mercy.(18) The Department starts from the premise that a s. 690 Cr.C. application is a request to the executive of government for a remedy after all other remedies have failed - and does not regard it as either an appellate review or a re-trial of the case.

The Department of Justice applies as a threshold or a criterion the following question: "Is there a reasonable basis to conclude that there was a likely miscarriage of justice?" Two major issues are brought forward by most applications to the Minister for mercy. These are the presentation of new evidence not available at the time of the original conviction and consideration of current developments in forensic sciences that may lead to a different appreciation of evidence tendered at the time of the original conviction.

Applications to the Minister come in many forms, from a one or two-page letter from an inmate to an exhaustive legal brief with supporting documentation from counsel to an offender. As a standard requirement, the Department of Justice requests that applicants provide it with the following documents:

(a) the trial transcript;

(b) the appellate factums;

(c) the appeal case reasons for judgment; and

(d) a brief setting forth the evidentiary and legal basis upon which the application to the Minister of Justice is based.

If an issue of forensic evidence is raised in an application, such as a new DNA analysis, an applicant will be requested to provide

---

(18) This description of the process within the Department of Justice for dealing with s. 690 Cr.C. applications is drawn from an interview with a departmental official conducted by the author of this paper on 10 July 1991.

RECYCLED RECYCLÉ

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

the Department with a report on this expertise. Applicants will also be asked to provide the Department with the names and addresses of witnesses to be interviewed, and a synopsis of what they can be expected to tell an investigator.

The investigation of an application is carried out by Department of Justice, Criminal Law Branch, counsel, who may be assisted in their investigations by the RCMP, local police forces and forensic scientists or other experts. One counsel acts as full-time co-ordinator of s. 690 Cr.C. investigations who can draw on seven other counsel on an as-needed, part-time basis.

Because the Department of Justice does not see s. 690 Cr.C. applications as adversarial in nature, it deals with them in a flexible manner. If an application is incomplete or if a witness says something other than indicated by the applicant, the Department's investigating counsel will ask the applicant for more information or even meet with the applicant or counsel. Such meetings are informal - they are not a hearing and the applicant or counsel is not given access to documents or reports prepared by the Department. Finally, the applicant is not given formal notice of adverse findings or an opportunity to adduce evidence before a report goes to the Minister for consideration. As already mentioned, a s. 690 Cr.C. application is neither an appellate procedure nor a re-trial of the issues.

Once an investigation has been completed by the investigating counsel, a report is prepared. It sets out the facts, describes the investigation, outlines the issues, discusses the law, sets out conclusions based on the facts and makes a recommendation. This "preliminary report" then goes up the departmental organizational ladder to the Senior General Counsel, Criminal Law, the Assistant Deputy Attorney General, the Associate Deputy Minister of Justice and, finally, the Deputy Minister of Justice. At each of these levels, the report can be accepted, rejected or sent back for more work on the law, the evidence or the investigation. Once it has gone through all these levels of approval, the departmental report and supporting documents go to the Minister of Justice with a recommendation that can be accepted, rejected or sent back for further work.

RECYCLED RECYCLÉ

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Once an application has been dealt with by the Minister of Justice, a letter signed by the Minister is sent to the applicant setting out the response and addressing each issue raised by the application. The length and nature of the Minister's response may depend on the nature and length of the application for mercy.

PROBLEMS WITH PRESENT LAW AND PRACTICE

This part of the paper will set out some of the difficulties raised both by s. 690 Cr.C. as it is now and by the manner in which it is administered by the Department of Justice. These problems are faced by both applicants to the Minister of Justice for mercy and by legal counsel who act on their behalf.(19)

As indicated earlier in this paper, the Minister of Justice can exercise the s. 690 Cr.C. discretion by ordering a new trial, by referring a case to the court of appeal as if it were an appeal by the convicted person or the person sentenced to preventive detention, or by asking the court of appeal for its opinion on any question on which its assistance is required. The route chosen will determine the burden of proof, the nature of evidence that can be adduced, the breadth of the investigation and the appellate rights of the parties. This was an issue in the Donald Marshall case where the Minister of Justice ordered an appeal (s. 690(b) Cr.C.) rather than a reference for an opinion (s. 690(c) Cr.C.) to the Nova Scotia Court of Appeal. This meant that the wrongfully convicted Donald Marshall had the burden of proof as an appellant and the Court of Appeal had a narrower mandate than if its opinion had been sought on a series of related questions.(20)

The lack of established rules of procedures has been a source of frustration for some legal counsel. As a consequence, they have,

---

(19) This part of the paper is based in part upon interviews conducted by the author with legal counsel for four different s. 690 Cr.C. applicants on 9, 10, 17 and 18 July 1991.

(20) Royal Commission on the Donald Marshall Jr. Prosecution, *Report*, p. 113-115.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

at the start of a s. 690 Cr.C. application, been uncertain of what documents and what types of evidence have to be submitted to the Department of Justice. This difficulty has been resolved by informal discussions with Department of Justice counsel, by experience in related matters or by conversations with counsel for other s. 690 Cr.C. applicants.

There is also an uncertainty as to the evidentiary burden of proof counsel for applicants have to discharge to convince the Minister of Justice to intervene under s. 690 Cr.C. Do they have to raise a reasonable doubt about the original conviction or is the burden a balance of probabilities? As indicated earlier in this paper, the burden of proof applied by Department of Justice investigating counsel is "Is there a reasonable basis to conclude there was a likely miscarriage of justice?" One counsel interviewed for this paper believed that this burden of proof was too high and that it should be focused on the issue of whether "serious questions about the conviction or the sentence of preventive detention had been raised."

The types of evidence and documents collected by the Department and the nature of the report to the Minister of Justice were issues raised by some counsel for applicants. They were also concerned that they were not advised of adverse findings and allowed to make further legal or evidentiary responses before the investigation report was submitted to the Minister of Justice. Although departmental investigating counsel do contact applicants' counsel for clarifications and more investigatory leads, this is as far as it goes.

Some applicants' counsel have observed that the letter containing the Minister of Justice's response to an application for mercy may not provide the reasons for rejecting the application in sufficient detail. This, and the fact that applicants' counsel do not know what documents and what type of report have gone to the Minister of Justice, make it difficult for applicants' counsel to determine whether there are sufficient grounds to consider seeking judicial review of this exercise of ministerial discretion.

A final issue of concern to applicants' counsel is the lack of financial assistance available to convicted people who may wish to

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

submit a s. 690 Cr.C. application for mercy to the Minister of Justice. In several instances, provincial legal aid plans have refused to assist s. 690 Cr.C. applicants with their legal fees and disbursements. In some cases, counsel have done this work on a *pro bono* basis and assumed thousands of dollars in disbursements, while in others, non-governmental organizations have financially supported the applications.

REFORM PROPOSALS

There have not been an overwhelming number of proposals for reform of s. 690 Cr.C. Two of them will be briefly described in this part of the paper. One was proposed in the December 1989 Report of the Marshall inquiry and the other, in two variations on a theme, was contained in Private Members' Bills C-230 and C-239, which received First Reading in the House of Commons in June 1991.

The Commission of Inquiry into the Marshall prosecution proposed that the federal Minister of Justice and provincial Attorneys General begin discussions on the establishment of an independent body to deal with the re-investigation of instances of alleged wrongful conviction. The Commission further recommended that this body have full investigative powers so as to have access to any necessary witnesses or evidence. A final element in the recommendations was the development of measures to provide adequate compensation for those found to have been wrongfully convicted.(21) These recommendations were accepted by the government of Nova Scotia, which had set up this inquiry, on 7 February 1990,(22) and were discussed at a 15 June 1990 federal-provincial meeting of ministers responsible for justice.(23)

---

(21) *Ibid.*, p. 143-148.

(22) *Government of Nova Scotia Response to the Recommendations of the Royal Commission on the Donald Marshall Jr. Prosecution*, p. 1-2.

(23) Department of Justice, *Press Release*, p. 2. A committee of officials was set up to consider the recommendations and report to their Ministers. There is no mention of this issue in the Press Release distributed following the 5 September 1991 federal-provincial-territorial meeting at Yellowknife, Northwest Territories of Ministers Responsible for Justice.

RECYCLED RECYCLÉ

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Bill C-230 received first reading in the House of Commons on 10 June 1991, while Bill C-239 received first reading on 18 June 1991. Both Private Members' Bills propose amendments to s. 690 Cr.C. Bill C-230 would add ss. (2) to (18) to s. 690 Cr.C. to enable the Minister of Justice to refer any application for mercy to a Special Counsel for investigation and recommendation. Bill C-239 would add ss. 690.1 to 690.3 to s. 690 Cr.C. to enable the Minister of Justice to refer any application for mercy to a Conviction Review Commission for investigation and recommendation.

In both bills, those who investigated an application would have to have had no prior connection with a case being examined and would be directed not to restrict their review to the evidence adduced at trial. In both bills, the Special Counsel or Commission might recommend and the Minister would have to grant whatever financial assistance the applicant was deemed to require. Finally, both bills would require the applicant to be provided with a copy of the report of and documents considered by the Special Counsel or Commission by the Minister of Justice so that the applicant might make further submissions before the Minister made a decision under ss. 690 or 749 Cr.C.

Both the Inquiry recommendations and the Private Members' Bills deal with the receipt and investigation of s. 690 Cr.C. applications. None of the reform proposals deals with s. 690 Cr.C. itself, the three forms of discretion available to the Minister of Justice, or the evidentiary and appellate implications of each.

PROPOSAL FOR CHANGE

Applications to the Minister of Justice under s. 690 Cr.C. differ fundamentally from applications for the exercise of the prerogative of mercy, or for free or conditional pardons. Section 690 applications for review usually involve cases where there may be some doubt as to the validity of a criminal conviction. The applicant contends that the conviction is wrongful and should be reconsidered through a new trial or by recourse to a court of appeal. An application for the exercise of other forms of pardoning authority implies an acceptance of the validity of a criminal conviction and requests some relief from its consequences.

RECYCLED RECYCLÉ

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

At the present time, an application for s. 690 Cr.C. relief is made to the Minister of Justice. Department of Justice counsel investigate the applications and make recommendations to the Minister, who makes the final determination. The present law and practice place the Minister and Department of Justice in a difficult position.

The Minister of Justice and the Attorney General of Canada are one and the same person, though performing different and potentially contradictory functions. The Minister of Justice provides policy advice, while the Attorney General provides legal advice to government. Both the criminal policy component advising the Minister of Justice and the criminal prosecution component of the Attorney General of Canada may be involved in the development of criminal law. The Minister of Justice appoints judges before whom the Attorney General of Canada or her agents may appear. The Minister of Justice ensures that legislation complies with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, while the inadequacies of this legislation may be defended by the Attorney General of Canada. These are just a few of the potential conflicts in having the two roles performed by one Minister.(24)

This conflict in roles has an impact on the perception, at least, of the fairness and thoroughness with which s. 690 Cr.C. applications are investigated and considered by the Department of Justice. It can be argued that the Department's prosecutorial bias may lead to an undue deference to judicial determinations of guilt and an insufficiently rigorous questioning of the foundations of criminal convictions. Any such perception, whether well-founded or not, undermines the s. 690 Cr.C. review process in the eyes of those who matter most, the applicants. Proposals for change must put an end to such concerns about unfairness.

This could be done by providing that applications for s. 690 Cr.C. review be received and investigated by a commission or agency independent of the Department of Justice, or of government, but accountable

---

(24) They are dealt with more completely in: Law Reform Commission of Canada, *Controlling Criminal Prosecutions: The Attorney General and the Crown Prosecutor*, Working Paper 62, Supply and Services Canada, Ottawa, 1990, p. 1-41.

RECYCLED-RECYCLÉ

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

to Parliament. This commission or agency could be given independent statutory existence and provided with adequate investigative resources. It could be required to develop rules of procedure and evidence so as to ensure applicants were provided with ample disclosures of evidence and opportunities to make representations. Provision could also be made to furnish financial and legal assistance to applicants where such assistance was not available from other sources.

This commission or agency could also be empowered either itself to dispose of applications for review of criminal convictions or to recommend to Cabinet or the Minister of Justice how the applications should be resolved. Whether the commission or agency, or Cabinet or the Minister of Justice, made the final determination, all three of the present recourses available under s. 690 Cr.C. could be retained, or one or more of them could be eliminated. As well, an entirely new recourse could be developed.

Whatever the form of any proposal for change, it would have to ensure that the means by which applications for review of criminal convictions were received and investigated was fair and thorough, and was perceived as such.

CONCLUSION

In its consideration of the review of criminal convictions, this paper has described present experience and some of the issues to be addressed by proposals for change. The reconsideration of convictions will always be an exceptional event, no matter what reforms are put into place; an effective means of carrying out this task will strengthen the effectiveness and fairness of the criminal justice system.

Étude générale BP-285F

LES CONDAMNATIONS INJUSTIFIÉES DANS LE SYSTÈME DE JUSTICE PÉNALE

Philip Rosen
Analyste principal

Janvier 1992

Bibliothèque du Parlement
Library of Parliament

Service de recherche

Le Service de recherche de la Bibliothèque du Parlement travaille exclusivement pour le Parlement, effectuant des recherches et fournissant des informations aux parlementaires et aux comités du Sénat et de la Chambre des communes. Entre autres services non partisans, il assure la rédaction de rapports, de documents de travail et de bulletins d'actualité. Les attachés de recherche peuvent en outre donner des consultations dans leurs domaines de compétence.

©Ministre des Approvisionnements et Services Canada 1992
En vente au Canada chez
votre libraire local
ou par la poste auprès du
Groupe Communication Canada -- Édition
Ottawa, Canada K1A OS9

N° de catalogue YM32-2/285F
ISBN 0-660-93841-3

THIS DOCUMENT IS ALSO PUBLISHED IN ENGLISH

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

TABLE DES MATIÈRES

Page

INTRODUCTION 1

ÉTAT ACTUEL DU DROIT 4

PRATIQUE ACTUELLE 8

PROBLÈMES POSÉS PAR LE DROIT ET LES USAGES ACTUELS 12

RÉFORMES PROPOSÉES 14

MODIFICATIONS PROPOSÉES 16

CONCLUSION 18

CANADA
LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

LES CONDAMNATIONS INJUSTIFIÉES DANS LE SYSTÈME DE JUSTICE PÉNALE

INTRODUCTION

La légitimité du système de justice pénale repose en grande partie sur son efficacité et sur son équité. L'efficacité du système dépend de sa capacité de découvrir les actes criminels, de mener des enquêtes, d'identifier les contrevenants et d'infliger la peine qu'il convient aux accusés reconnus coupables d'une infraction. L'équité, quant à elle, est fonction des efforts déployés en vue de corriger le déséquilibre qui existe entre les ressources de l'accusé et celles de l'État en ce qui concerne l'enquête, les procédures préalables au procès, le procès et les appels, et de l'importance que l'on accorde à chacune des étapes du processus. Pour ce faire, le système prévoit des protections en matière de preuve et permet le recours aux services d'un avocat à toutes les étapes de la procédure.

Les condamnations injustifiées affaiblissent les deux fondements de la légitimité du système de justice pénale. La personne condamnée à tort se voit infliger une peine pour une infraction qu'elle n'a pas commise, alors que le véritable auteur de l'infraction demeure en liberté. En outre, les condamnations injustifiées ont pour effet d'ébranler la confiance du public à l'égard du système.

Tout le système de justice pénale repose sur la présomption d'innocence, une valeur juridique fondamentale qui veut qu'un accusé soit présumé innocent tant qu'il n'est pas reconnu coupable à la suite d'un procès. Ce principe est tout à fait contraire à ce à quoi s'attend le public, à savoir que la majorité des personnes accusées d'une infraction criminelle sont coupables et seront condamnées par le tribunal. Les

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

condamnations injustifiées portent atteinte à cette valeur juridique fondamentale et à l'attente du public puisqu'elles montrent que la violation de la présomption d'innocence en fait ressortir l'importance et que le système de justice pénale ne s'occupe pas seulement des personnes coupables.

Au cours des dernières années, les affaires Donald Marshall au Canada(1) et Rubin "Hurricane" Carter aux États-Unis(2) ont attiré l'attention du public sur la question des condamnations injustifiées. Les condamnations véritablement injustifiées sont probablement moins nombreuses qu'on peut le prétendre, mais leur nombre est quand même surprenant. Il semble qu'en Grande-Bretagne, le taux de condamnations injustifiées atteint 0,1 p. 100, soit une personne condamnée sur mille. D'autres données laissent croire qu'il pourrait y avoir, chaque année, 15 personnes condamnées à tort en Grande-Bretagne. Des études américaines indiquent qu'entre 0,5 et 1 p. 100 des personnes condamnées pour une infraction grave seraient innocentes. Selon le Criminal Justice Research Centre, 6 000 personnes sont, chaque année aux États-Unis, déclarées à tort coupables d'un crime grave. Aucune étude semblable n'a été réalisée au Canada. Un fonctionnaire du ministère de la Justice a récemment affirmé que le Ministère recevait annuellement environ 30 demandes de révision de condamnations(3).

Il est facile d'identifier les causes des condamnations injustifiées: les irrégularités et l'incompétence aux étapes de l'enquête, des procédures d'avant procès, du procès et des appels. Kaiser mentionne plus précisément les facteurs suivants: le dépôt d'accusations dénuées de fondement, les fausses pistes suivies par les policiers, l'incompétence des procureurs de la défense, une mauvaise perception de leur rôle de la part des procureurs de la Couronne, la supposition, à partir des faits, de la

---

(1) Commission royale sur les poursuites intentées contre Donald Marshall fils, *Rapport*, Nouvelle-Écosse, décembre 1989.

(2) Sam Chaiton et Terry Swinton, *Lazarus and the Hurricane: The Untold Story of the Freeing of Rubin "Hurricane" Carter*, Toronto, Viking, 1991.

(3) Jim Middlemiss, "Guilty Until Proven Innocent", *Canadian Lawyer*, novembre 1991, p. 20-25.

RECYCLED PAPIER

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

culpabilité de l'accusé par des intervenants du système de justice pénale, les pressions exercées par la collectivité pour que soit prononcée une condamnation, l'insuffisance de la preuve relative à l'identification de l'accusé, le parjure, les faux aveux, l'insuffisance ou la mauvaise interprétation des expertises légales, les préjugés des juges, la présentation inadéquate d'une affaire portée en appel et la difficulté d'obtenir la présentation de nouvelles preuves en appel(4). Chaque cas de condamnation effectivement injustifiée révèle une combinaison différente de défauts du système de justice pénale qui en a empêché le fonctionnement efficace et équitable.

Parce que les condamnations jugées injustifiées nuisent de façon importante à l'intégrité du système de justice pénale, les mécanismes de révision qui leur sont applicables sont des procédures extraordinaires qui sont rarement utilisées avec succès. Pour qu'il en soit autrement, il faudrait remettre en question la légitimité du système de justice pénale et, en attirant l'attention sur ses défauts, miner la confiance du public à son égard.

Le présent document ne porte que sur l'un des recours extraordinaires ouverts aux personnes qui croient avoir été condamnées à tort au Canada, à savoir la demande de clémence faite au ministre de la Justice conformément à l'article 690 du *Code criminel* (C. cr.)(5). Ce recours a été, au cours des années, l'objet d'une controverse considérable relativement à de nombreuses affaires où on alléguait qu'il y avait eu condamnation injustifiée. Nous examinons ici l'état actuel du droit et de la pratique, et nous cernons certains problèmes existants; nous faisons également état des propositions de réforme élaborées récemment et nous proposons des modifications.

---

(4) H. Archibal Kaiser, "When Justice is a Mirage: A Primer on Wrongful Conviction", document présenté dans le cadre de la conférence sur les personnes ayant subi une peine d'emprisonnement par suite d'une erreur judiciaire, Human Rights Centre, University College of Cape Breton, le 24 juin 1991. Voir également James McCloskey, "Convicting the Innocent", *Criminal Justice Ethics*, hiver-printemps 1989, p. 2 et 54-59, où l'auteur traite de la plupart des mêmes facteurs. M. McCloskey est le chef du groupe (Centurion Ministries) qui a mené une enquête sur l'affaire David Milgaard.

(5) L.R.C. (1985), c. C-46.

RECYCLED RECYCLÉ

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

ÉTAT ACTUEL DU DROIT

Le mécanisme peut-être le plus ancien de réparation offert à une personne condamnée est l'exercice d'un pouvoir de pardon par une autorité souveraine(6). Ce pouvoir de pardon est exercé de trois façons au Canada: le gouverneur en conseil (le Cabinet fédéral) peut, aux termes de l'art. 749 du C. cr., accorder un pardon absolu ou un pardon conditionnel à toute personne déclarée coupable d'une infraction; une demande de réhabilitation peut être présentée au solliciteur général du Canada conformément à la *Loi sur le casier judiciaire* (7); et une demande de clémence peut être faite au ministre de la Justice aux termes de l'art. 690 du C. cr. Le présent document porte sur cette dernière disposition. En outre, l'art. 751 du C. cr. prévoit que les dispositions du *Code criminel* n'ont pas pour effet de limiter la prérogative royale de clémence que possède Sa Majesté, ce qui préserve la source historique traditionnelle du pouvoir de pardon au Canada.

Voici le texte de l'article 690 du *Code criminel:*

> Sur une demande de clémence de la Couronne, faite par ou pour une personne qui a été condamnée à la suite de procédures sur un acte d'accusation ou qui a été condamnée à la détention préventive en vertu de la partie XXIV, le ministre de la Justice peut:
>
> a) prescrire, au moyen d'une ordonnance écrite, un nouveau procès ou, dans le cas d'une personne condamnée à la détention préventive, une nouvelle audition devant tout tribunal qu'il juge approprié si, après enquête, il est convaincu que, dans les circonstances, un nouveau procès ou une nouvelle audition, selon le cas, devrait être prescrit;
> b) à tout moment, renvoyer la cause devant la cour d'appel pour audition et décision comme s'il s'agissait d'un appel interjeté par la personne déclarée coupable ou par la personne condamnée à la détention préventive, selon le cas;
> c) à tout moment, renvoyer devant la cour d'appel, pour connaître son opinion, toute question sur

---

(6) Voir David P. Cole et Allan Manson, *Release from Imprisonment: The Law of Sentencing, Parole and Judicial Review,* Toronto, Carswell, 1990, p. 399-409.

(7) L.R.C. (1985), c. C-47.

RECYCLED PAPER

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

> laquelle il désire son assistance, et la cour d'appel donne son opinion en conséquence.

Ce type de recours est prévu par le droit pénal canadien depuis au moins 1886[8] et figurait dans le premier *Code criminel* du Canada adopté en 1892[9]. La disposition relative à la demande de clémence a été modifiée en 1923[10], en 1953[11] et en 1969[12]. Elle a ensuite été incorporée, sans toutefois être modifiée, dans les Statuts révisés du Canada de 1970 et dans les Lois révisées du Canada de 1985. La version de 1892 permettait seulement au ministre de la Justice d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. La modification apportée en 1923 a ajouté à la disposition ce qui constitue maintenant les alinéas b) et c), lesquels prévoient que le ministre de la Justice peut renvoyer la cause devant la cour d'appel pour audition et décision comme s'il s'agissait d'un appel interjeté par la personne déclarée coupable ou demander à la cour d'appel son opinion sur une question particulière. La modification de 1953-1954 était de pure forme et n'a fait que changer le libellé de la disposition. Finalement, la modification de 1969 a étendu la portée de la disposition pour viser non seulement les personnes reconnues coupables d'un acte criminel, comme c'était le cas depuis 1892, mais également celles qui ont été condamnées à la détention préventive (contrevenants dangereux).

L'article 690 du C. cr. confère au ministre de la Justice le pouvoir discrétionnaire de donner suite aux demandes de clémence. Seules les personnes qui ont été condamnées pour avoir commis un acte criminel et celles qui ont été condamnées à la détention préventive peuvent présenter une demande de clémence. Si le ministre de la Justice décide d'exercer son pouvoir discrétionnaire, il le fait de l'une des trois façons suivantes:

> a) il peut ordonner la tenue d'un nouveau procès ou d'une nouvelle audition s'il est convaincu que, dans les circonstances, un nouveau procès ou une nouvelle audition est nécessaire;

---

(8) S.R.C. (1886), c. 181, art. 38 et 39.

(9) S.C. (1892), c. 29, art. 748.

(10) S.C. (1923), c. 41, art. 9.

(11) S.C. (1953-1954), c. 51, art. 596.

(12) S.C. (1968-1969), c. 38, art. 62.

RECYCLED PAPER

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

b) il peut, à n'importe quel moment, renvoyer l'affaire devant la cour d'appel pour audition et décision comme s'il s'agissait d'un appel interjeté par la personne déclarée coupable ou par la personne condamnée à la détention préventive;

c) il peut renvoyer devant la cour d'appel, pour connaître son opinion, toute question sur laquelle il désire son assistance, et la cour d'appel donne son opinion en conséquence.

Ces trois formes d'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré au ministre de la Justice sont distinctes et sont régies par des règles de procédure et de preuve différentes. En outre, elles entraînent des résultats différents.

Aux termes de l'al. 690a) du C. cr., le ministre de la Justice doit être convaincu que, dans les circonstances, la tenue d'un nouveau procès ou d'une nouvelle audition devrait être ordonnée. La disposition n'énonce aucun critère ou règle d'interprétation qui aiderait un demandeur à déterminer quels éléments de preuve il doit produire pour convaincre le Ministre. Dans le cadre du nouveau procès ou de la nouvelle audition ordonné par le Ministre, la Couronne aura le fardeau de prouver hors de tout doute raisonnable tous les éléments constitutifs de l'infraction reprochée pour obtenir une condamnation. Par ailleurs, l'accusé aura droit à toutes les protections offertes par les règles de preuve et de procédure, à l'instar d'un défendeur dans un procès devant un tribunal de première instance. En outre, la Couronne comme l'accusé peuvent interjeter appel auprès de la cour d'appel et, finalement, sur autorisation, auprès de la Cour suprême du Canada, des décisions rendues quant à la preuve et à la procédure, d'un verdict d'acquittement ou de culpabilité ou de la peine infligée.

Aux termes de l'al. 690b) du C. cr., le ministre de la Justice renvoie la cause à une cour d'appel, qui en est saisie comme s'il agissait d'un appel interjeté par la personne déclarée coupable ou condamnée à la détention préventive. C'est pourquoi il incombe à cette personne, par la procédure et la preuve, de convaincre la cour d'appel qu'elle a été reconnue coupable ou condamnée à la détention préventive à tort. Pour ce faire, elle peut soutenir qu'il y a eu une erreur d'identification ou des anomalies dans la preuve par expertise légale, ou alors que depuis sa condamnation initiale, de nouveaux éléments de preuve

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

ont été mis au jour ou que des témoins-clés se sont rétractés. Vu la rigidité des règles de preuve, la cour d'appel n'admettra que les éléments de preuve qui n'existaient pas ou qui n'auraient pas pu être raisonnablement découverts au moment de la condamnation initiale. Mais en raison de la nature extraordinaire du recours prévu à l'art. 690 du C. cr., ces règles reçoivent une application relativement souple(13).

Les pouvoirs de la cour d'appel en ce qui concerne l'audition des appels sont énoncés à l'art. 686 du C. cr. Celle-ci peut admettre tout appel si le verdict est déraisonnable ou qu'il ne peut pas s'appuyer sur la preuve, si le jugement du tribunal de première instance doit être écarté pour le motif qu'il constitue une décision erronée sur une question de droit, ou encore, si, pour un motif quelconque, il y a eu erreur judiciaire. En pareilles circonstances, la cour annule la condamnation et soit rend un verdict d'acquittement, soit ordonne la tenue d'un nouveau procès. Par contre, la cour d'appel peut rejeter tout appel si elle estime que l'accusé a été régulièrement déclaré coupable sur un des autres chefs de l'acte d'accusation, si elle estime qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit, ou encore, si l'accusé n'a subi aucun préjudice en dépit d'une irrégularité de procédure. Dans une telle situation, la cour peut rendre le verdict qui aurait dû être rendu et soit confirmer la peine prononcée, soit infliger la peine adéquate, soit renvoyer l'affaire devant le tribunal de première instance en lui ordonnant d'infliger une peine justifiée en droit. Toute décision rendue par une cour d'appel peut faire l'objet d'un appel à la Cour suprême du Canada, si celle-ci l'autorise.

Aux termes de l'al. 690c) du C. cr., le ministre de la Justice renvoie devant la cour d'appel, pour connaître son opinion, toute question sur laquelle il désire son assistance, et la cour donne son opinion en conséquence. Le ministre de la Justice n'est pas lié par l'opinion qu'il reçoit de la cour d'appel. Vu qu'il s'agit d'un renvoi pour opinion judiciaire, la cour d'appel applique les règles de procédure et de preuve avec beaucoup plus de souplesse que s'il s'agissait d'un appel

---

(13) *Renvoi relatif à Regina* c. *Gorecki (n° 2)* 32 C.C.C. (2d) 135 et *R.* c. *Marshall* (1983) 57 N.S.R. (2d) 286.

RECYCLED RECYCLÉ

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

ordinaire. Par contre, comme il s'agit d'un opinion sans effet obligatoire, on ne saurait prétendre à coup sûr qu'il peut faire l'objet d'un appel devant la Cour suprême du Canada.

L'art. 690 du C. cr. est cependant loin d'avoir donné lieu à une jurisprudence abondante. Cole et Manson résument les décisions rendues en vertu de cet article:

> Il n'est pas rare que des prisonniers qui ont épuisé tous les recours en appel prévus par la loi demandent l'intervention du ministre de la Justice. Au cours des dernières décennies, un petit nombre d'affaires seulement ont été renvoyées devant un tribunal de première instance ou devant une cour d'appel. Cela se produit souvent lorsqu'il y a des raisons de croire que la personne reconnue coupable n'est pas celle qui a commis l'infraction [...] L'article 617 [maintenant l'art. 690] a déjà été utilisé pour demander la révision d'une peine infligée compte tenu de nouvelles preuves psychiatriques, ou pour déterminer, à la lumière d'une preuve psychiatrique qui n'avait pas été produite au procès, si un détenu souffrait à ce moment d'aliénation mentale au sens de l'article 16 du *Code criminel*. Le renvoi équivaut alors à un nouvel appel au cours duquel il est possible de présenter de nouveaux éléments de preuve. Dans d'autres affaires, la cour a été invitée à faire connaître son opinion sur certaines questions de droit ou de preuve particulières comme, par exemple, la question de savoir si de nouveaux éléments de preuve démontraient qu'un accusé était incapable de donner des directives à son avocat au moment de son procès et si de nouveaux éléments de preuve seraient admissibles à un nouveau procès compte tenu des questions soulevées par leur valeur probante et par le fait qu'ils constituent peut-être du ouï-dire(14).

PRATIQUE ACTUELLE

Comme l'indiquent Cole et Manson, les demandes adressées au ministre de la Justice sur le fondement de l'art. 690 du C. cr. ne peuvent être faites que par les condamnés qui ont épuisé toutes les autres voies

---

(14) Cole et Manson (1990), p. 409 et 410 (traduction); les renvois à la jurisprudence ont été supprimés de la citation par l'auteur du présent document.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

d'appel prévues par la législation. Seules un petit nombre des demandes fondées sur l'art. 690 du C. cr. qui sont présentées au Ministre donnent lieu à une intervention. Le tableau suivant le montre:

Demandes de clémence (art. 690 C.cr)(15)

Exercice	Nombre de demandes	Nombre d'interventions
1985-1986	34	0
1986-1987	30	0
1987-1988	35	0
1988-1989	20	1
1989-1990	27	0

Les chiffres pour l'exercice 1990-1991 n'étaient pas disponibles au moment de la rédaction du présent document. La ministre de la Justice est intervenue dans l'affaire *Nepoose* (où étaient en cause des rétractations de témoignages) en application de l'al. 690b) du C. cr., le 15 juin 1991, renvoyant l'affaire devant la Cour d'appel de l'Alberta(16). Cette affaire figurera sans nulle doute dans le Rapport annuel du ministère de la Justice de 1991-1992(17).

Ces données statistiques sont certes utiles, mais, considérées isolément, elles peuvent être trompeuses. Elles ne reflètent pas la nature et la complexité des demandes de clémence adressées au Ministre. Certaines requêtes ne sont fondées que sur un minimum d'information et de pièces justificatives. Les enquêtes peuvent être longues et se heurter à des questions de preuve et d'expertise légale qui doivent être pleinement analysées. Dans certains cas, retrouver les

---

(15) Information provenant des Rapports annuels du ministère de la Justice pour les exercices 1985-1986 à 1989-1990.

(16) Lettre du 17 juin 1991 adressée par la ministre de la Justice à l'avocat de Nepoose, et communiqué du ministère de la Justice du 19 juin 1991.

(17) Le 29 novembre 1991, un décret saisissait la Cour suprême du Canada, sur le fondement de l'art. 53 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. 1985, c. S-26, de l'affaire David Milgaard, une requête fondée sur l'art. 690 du C. Cr.

RECYCLED RECYCLÉ

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

témoins et les pièces peu exiger un temps considérable. Ce ne sont pas toutes les demandes dont l'enquête est menée à terme au cours du même exercice.

Le ministère de la Justice ne dispose ni de règles de procédure, ni de directives ni de formules de demande en ce qui concerne les demandes de clémence au Ministre(18). Le Ministère part de la prémisse qu'une demande sur le fondement de l'art. 690 du C. cr. est une voie de recours auprès de l'Exécutif exercée après que toutes les autres voies de recours ont été épuisées; il n'y voit ni un appel ni un nouveau procès.

Comme critère, le ministère de la Justice pose la question suivante: "Y-a-t-il un motif raisonnable de conclure qu'il a probablement eu erreur judiciaire?" Deux points primordiaux sont soulevés par la plupart des demandes de clémence présentées au Ministre. Il s'agit de la présentation d'éléments nouveaux de preuve non disponibles au moment où la déclaration de culpabilité a été prononcée et de l'examen de nouveaux développements survenus dans les sciences et techniques d'expertise légale qui pourraient amener à apprécier différemment les preuves rapportées lors de la déclaration de culpabilité.

Les demandes sont présentées au Ministre sous des formes très variées, de la lettre de deux pages d'un détenu au mémoire exhaustif appuyé de documents émanant de l'avocat du délinquant. Il est de règle que le ministère de la Justice réclame des requérants les pièces suivantes:

a) la transcription des notes sténographiques du procès;

b) les mémoires produits lors des appels et pourvois;

c) les motifs des arrêts rendus lors des appels et pouvoirs;

d) un mémoire exposant les fondements probatoires et légaux sur lesquels la requête présentée au ministre de la Justice est fondée.

---

(18) Cette description de la procédure suivie au ministère de la Justice dans les cas de demandes de clémence fondées sur l'art. 690 du C. cr. est le fruit d'une entrevue accordée à l'auteur par un fonctionnaire du Ministère le 10 juillet 1991.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Si une question de preuve par expert légal est soulevée dans une demande, telle une nouvelle analyse de spécimen d'ADN, il sera demandé au requérant de fournir au Ministère le rapport des experts. Il sera également demandé aux requérants de transmettre au Ministère le nom et l'adresse des témoins à interroger, ainsi qu'un résumé synoptique de ce qu'on peut penser qu'ils révéleraient aux enquêteurs.

C'est un avocat de la Direction du droit pénal du ministère de la Justice qui sera chargé de l'enquête qu'entraîne la requête; il peut faire appel à la GRC, au service de police local et à des scientifiques médico-légaux ou à d'autres experts. Un avocat agit à plein temps à titre de coordonnateur des enquêtes ouvertes au regard de l'art. 690 du C. cr.; il peut avoir recours aux services de sept autres avocats qui, au besoin, lui consacrent une partie de leur temps.

Le ministère de la Justice ne considérant pas les demandes aux termes de l'art. 690 du C. cr. comme participant de la procédure contradictoire, il sait faire preuve de souplesse. Si une demande est incomplète ou si la déposition d'un témoin diffère de ce qu'a indiqué le demandeur, l'avocat du Ministère responsable de l'enquête demandera des informations supplémentaires au demandeur; il ira même jusqu'à rencontrer le demandeur ou son défenseur. Ces rencontres ont un cadre officieux; il ne s'agit pas d'auditions et ni le requérant ni son avocat ne peuvent consulter les documents ou les rapports du Ministère. Enfin, ne sont pas officiellement communiquées au requérant les constatations militant contre lui et il ne lui est pas donné l'occasion de présenter des éléments de preuve avant qu'un rapport soit remis au Ministre pour examen. Comme il a déjà été dit, une requête sur le fondement de l'art. 690 n'est ni une voie d'appel ni une procédure de révision du procès.

Lorsque l'avocat responsable a terminé son enquête, il rédige un rapport. Celui-ci expose les faits, décrit le déroulement de l'enquête, énonce les points soulevés, analyse le droit applicable, donne les conclusions qu'entraînent les faits et fait une recommandation. Ce "rapport préliminaire" emprunte alors la voie hiérarchique au Ministère, passant de l'avocat général principal, droit pénal, au sous-procureur général adjoint, au sous-ministre délégué de la Justice pour se rendre, finalement, au sous-ministre de la Justice. À chaque palier, le rapport

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

peut être soit accepté, soit rejeté, soit renvoyé pour réexamen du droit applicable, des preuves rapportées ou pour reprise de l'enquête. Une fois approuvé à tous ces niveaux, le rapport du Ministère et les pièces justificatives sont remis au ministre de la Justice, accompagnés d'une recommandation qui peut être acceptée ou rejetée, ou le rapport peut être retourné pour reprise des analyses et enquêtes.

Lorsque le Ministre a statué sur un rapport, une lettre portant la signature du Ministre et adressée au demandeur répond point par point aux questions soulevées par la demande. La longueur et la nature de la réponse du Ministre peut dépendre de la nature et de l'importance de la demande de clémence.

PROBLÈMES POSÉS PAR LE DROIT ET LES USAGES ACTUELS

Dans cette partie, nous examinons certaines des difficultés que posent tant l'art. 690 du C. cr. que la manière dont il est appliqué par le ministère de la Justice. Il s'agit de problèmes auxquels font face tant les personnes qui demandent la clémence au ministre de la Justice que les conseillers juridiques qui agissent en leur nom(19).

Comme nous l'avons indiqué précédemment, le ministre de la Justice peut exercer le pouvoir discrétionnaire que lui confère l'art. 690 en ordonnant un nouveau procès, en renvoyant l'affaire devant la cour d'appel comme s'il s'agissait d'un appel interjeté par la personne déclarée coupable ou par la personne condamnée à la détention préventive, ou en demandant à la cour d'appel son avis sur toute question sur laquelle il désire son assistance. La voie choisie déterminera quel sera la charge de la preuve, la nature des preuves qui peuvent être administrées, l'importance de l'enquête et les droits des parties au regard d'éventuels appels. La question s'est posée dans l'affaire Donald Marshall, le ministre de la Justice ayant ordonné de porter l'affaire en appel (al. 690b) du C. cr.) devant la Cour d'appel de Nouvelle-Écosse au lieu de

---

(19) Cette partie est fondée en partie sur des entrevues données à l'auteur par les conseillers juridiques affectés à quatre requérants s'étant prévalu de l'art. 690 du C. cr. les 9, 10, 17 et 18 juillet 1991.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

demander un avis (al. 690c) du C. cr.) à celle-ci. Cela voulait dire que la victime de l'erreur judiciaire, Donald Marshall, avait la charge de la preuve à titre d'appelant, et que la Cour d'appel avait un mandat plus étroit que si un avis lui avait été demandé sur une série de questions reliées à l'affaire(20).

L'absence de règles de procédure bien établies contrarie certains avocats. Aussi n'ont-ils pas toujours su, au moment de déposer une requête sur le fondement de l'art. 690 du C. cr., de quels documents et de quels éléments de preuve ils devaient saisir le ministère de la Justice. Ils ont surmonté cette difficulté en communiquant, de manière officieuse, avec l'avocat du ministère de la Justice, en faisant appel à leur expérience d'affaires ayant des points communs ou en conversant avec des avocats ayant présenté des demandes en application de l'art. 690 du C. cr.

Il y a également incertitude en ce qui concerne la qualité de la preuve que doivent faire les demandeurs pour convaincre le ministre de la Justice d'intervenir en vertu de l'art. 690 du C. cr. Doivent-ils soulever un doute raisonnable au sujet de leur condamnation, ou doivent-ils prouver leur demande par prépondérance de preuves? Comme il a été dit précédemment, la preuve, aux yeux des avocats du ministère de la Justice responsables de ces enquêtes, doit leur permettre de répondre à la question: "Y a-t-il des motifs raisonnables de conclure qu'il y a probablement eu erreur judiciaire?" L'un des avocats interrogés estime que c'est là une obligation de preuve trop élevée et qu'il faudrait se demander plutôt si l'on a soulevé "de graves questions au sujet de la déclaration de culpabilité ou de la condamnation à la détention préventive".

Certains des avocats agissant pour les demandeurs s'interrogent sur le genre de preuves et de documents que réunit le Ministère et sur la nature du rapport qui est remis au ministre de la Justice. Ils se montrent aussi préoccupés de ce que les constatations défavorables faites par le Ministère ne leur sont pas communiquées et qu'il ne leur est pas permis d'y répondre par d'autres arguments sur le droit ou par l'administration d'autres preuves avant que la rapport de l'enquête ne

---

(20) Commission royale sur les poursuites intentées contre Donald Marshall fils, *Rapport*, Nouvelle-Écosse, décembre 1989, p. 113-115.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

soit remis au ministre de la Justice. Certes les avocats du Ministère chargés des enquêtes communiquent avec l'avocat du demandeur pour obtenir des clarifications et rechercher d'éventuelles avenues d'investigation supplémentaires, mais cela ne va pas plus loin.

Certains avocats représentant des demandeurs font observer que la lettre de réponse du ministre de la Justice à la demande de clémence peut ne pas indiquer suffisamment en détail les motifs pour lesquels la demande est rejetée. Cela, et le fait que les avocats des demandeurs ignorent quels ont été les documents et quelle est la nature du rapport qui ont été remis au ministre de la Justice, leur permet difficilement d'établir s'il existe des motifs suffisants d'envisager une demande de contrôle judiciaire de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du Ministre.

Un dernier point préoccupe les avocats des demandeurs: l'absence d'aide financière permettant aux condamnés des demander la clémence du ministre de la Justice sur le fondement de l'art. 690 du C. cr. Dans plusieurs cas, les régimes d'aide juridique provinciaux ont refusé toute aide aux requérants invoquant l'art. 690 au regard de leurs frais d'avocat et de justice. Dans certains cas, des avocats ont accepté le dossier pro bono, assumant eux-mêmes des frais de milliers de dollars, et dans certains autres cas, des organisations non gouvernementales ont assumé les frais des demandes.

RÉFORMES PROPOSÉES

Le nombre de propositions de révision de l'art. 690 du C. cr. n'est guère élevé. Deux de celles-ci seront brièvement exposées dans cette partie. L'une est tirée du Rapport de l'enquête Marshall de décembre 1989 et l'autre, dans deux variations sur le même thème, figure dans les projets de loi d'initiative parlementaire C-230 et C-239, adoptés en première lecture par la Chambre des Communes en juin 1991.

La Commission d'enquête sur l'affaire Marshall a proposé que le ministre de la Justice du Canada et les procureurs généraux des provinces entament des pourparlers sur la constitution éventuelle d'un organe chargé des reprises d'enquêtes dans les cas d'allégations d'erreur

RECYCLED PAPER

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

judiciaire. Elle a également recommandé qu'un tel organe dispose de pleins pouvoirs d'enquête, de telle sorte qu'il puisse interroger les témoins et réunir les preuves nécessaires. Enfin, comme dernier élément, elle a recommandé que des mesures soient prises afin que puissent être pleinement indemnisées les victimes d'erreur judiciaire(21). Ces recommandations ont été acceptées par le gouvernement de la Nouvelle-Écosse, qui avait ordonné cette enquête, le 7 février 1990,(22) et elles ont été étudiées lors de la rencontre fédérale-provinciale des ministres responsables de la justice du 15 juin 1990(23).

Le projet de loi C-230 a été adoptée en première lecture par la Chambre des communes le 10 juin 1991, et le projet de loi C-239 le 18 juin 1991. Ces deux projets de loi d'initiative parlementaire modifieraient l'art. 690 du C. cr. Le projet loi C-230 ajouterait des paragraphes (2) à (18) à l'art. 690 du C. cr., afin de permettre au ministre de la Justice de saisir de toute demande de clémence un avocat chargé spécialement de faire enquête et de formuler des recommandations. Le projet de loi C-239 ajouterait les art. 690.1 à 690.3 après l'art. 690 du C. cr., afin de permettre au ministre de la Justice de saisir de toute demande de clémence une commission d'examen des condamnations chargée de faire enquête et de formuler des recommandations.

Selon les deux projets de loi, ceux qui seraient chargés de l'enquête à la suite d'une demande devraient n'avoir eu aucun lien avec l'affaire en cause et ils auraient pour instructions de ne pas se limiter à l'appréciation des preuves présentées lors du procès. Selon les deux projets, l'avocat responsable ou la Commission pourrait recommander - et le Ministre devrait accorder - toute aide financière nécessaire au demandeur.

---

(21) *Ibid.*, p. 143-148.

(22) *Government of Nova Scotia Response to the Recommendations of the Royal Commission on the Donald Marshall Jr. Prosecution*, p. 1 et 2.

(23) Ministère de la Justice, *Communiqué*, p. 2. Un comité de fonctionnaires a été chargé d'étudier les recommandations et de rendre compte à leurs ministres. Il n'est pas fait mention de cette question dans le communiqué de presse distribué le 5 septembre 1991, après la rencontre fédérale-provinciale-territoriale des ministres responsables de la Justice, tenue à Yellowknife (Territoires du Nord-Ouest).

RECYCLED RECYCLÉ

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Enfin, les deux projets exigeraient que le ministre de la Justice communique au demandeur copie du rapport et des documents étudiés par l'avocat responsable ou la commission, de sorte que le demandeur puisse être entendu avant que le Ministre ne prenne une décision en vertu des art. 690 ou 749 du C. cr.

Les recommandations de la Commission d'enquête et les projets de loi traitent des demandes présentées en vertu de l'art. 690 du C. cr. et des enquêtes qu'elles entraînent. Aucune de ces propositions de réforme ne traite de l'art. 690 du C. cr. lui-même, des trois aspects du pouvoir discrétionnaire dont dispose le ministre de la Justice, ou des conséquences de chacun de ceux-ci au plan du droit de la preuve et des droits d'appel.

MODIFICATIONS PROPOSÉES

Les demandes adressées au ministre de la Justice sur le fondement de l'art. 690 du C. cr. diffèrent fondamentalement des recours en grâce où il est fait appel à la prérogative royale (de clémence), ou aux recours exercés au titre du pardon, absolu ou conditionnel. Les demandes en révision sur le fondement de l'art. 690 portent d'habitude sur des cas où la validité d'une condamnation au pénal est mise en doute. Les demandeurs soutiennent qu'il y a eu erreur judiciaire et que la déclaration de culpabilité devrait être révisée, soit lors d'un nouveau procès, soit par une cour d'appel. Les recours en grâce des autres genres impliquent l'acceptation de la validité de la déclaration de culpabilité; le demandeur demande alors de pouvoir échapper au moins en partie à ses conséquences.

À l'heure actuelle, une demande aux termes de l'art. 690 du C. cr. est présentée au ministre de la Justice. Les avocats du ministère de la Justice font enquête à son sujet et ils font des recommandations au Ministre, lequel prend la décision finale. Le droit et la pratique actuels mettent le Ministre et le ministère de la Justice dans une position difficile.

Le ministre de la Justice et le procureur général du Canada sont une seule et même personne, quoique leurs fonctions soient différentes

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

et potentiellement contradictoires. Le ministre de la Justice donne des avis sur les politiques à adopter; le procureur général donne des avis juridiques au gouvernement. Tant le rôle de conseil en matière de politique pénale du ministre de la Justice que le rôle de partie poursuivante du procureur général peuvent intervenir en matière de développement du droit pénal. Le ministre de la Justice nomme les juges devant lesquels le procureur général du Canada, ou ses substituts, comparaissent. Le ministre de la Justice doit s'assurer que la législation respecte la *Charte canadienne des droits et libertés,* alors que le procureur général du Canada peut avoir à justifier les irrégularités de la législation. Ce ne sont là que quelques-uns des conflits potentiels de l'exercice de ces deux fonctions par un seul et même ministre(24).

Le conflit entre ces rôles influe sur la façon dont sont perçus, à tout le moins, l'impartialité et le soin avec lesquels les demandes fondées sur l'art. 690 du C. cr. font l'objet d'une enquête et sont étudiées par le ministère de la Justice. Il est possible de soutenir que le préjugé favorable du Ministère en faveur de la partie poursuivante peut entretenir un trop grand respect pour les décisions judiciaires déclaratives de culpabilité et conduire à une remise en question insuffisamment rigoureuse des fondements des condamnations au pénal. Tout sentiment de ce genre, bien ou mal fondé, entache la procédure de révision de l'art. 690 du C. cr. aux yeux de ceux pour qui elle importe le plus : les demandeurs. Toute proposition de modification de la procédure doit mettre un terme à ces craintes de partialité.

Il serait possible d'y arriver en prévoyant que ce sera une commission ou une agence indépendante du ministère de la Justice ou du gouvernement, n'ayant à rendre compte qu'au Parlement, qui sera saisi des demandes en révision fondées sur l'art. 690 du C. cr. et qui fera enquête à cet égard. Cette commission ou agence devrait son existence et son indépendance à la loi seule, et il devrait disposer des ressources voulues

---

(24) Il est traité plus en profondeur de cette question dans: Commission de réforme du droit du Canada, *Poursuites pénales: les pouvoirs du procureur général et des procureurs de la Couronne,* Document de travail 62, Ottawa, Approvisionnements et Services Canada, 1990, p. 1-41.

RECYCLED RECYCLÉ

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

pour procéder aux enquêtes nécessaires. Elle devrait se donner des règles de procédure et de preuve de façon à s'assurer que les éléments probatoires réunis sont communiqués aux demandeurs et que ceux-ci ont le droit d'être entendus. Il pourrait également être prévu qu'une aide à la fois financière et juridique sera fournie aux demandeurs, lorsqu'ils ne peuvent en obtenir d'autres sources.

Cette commission ou agence pourrait également avoir le pouvoir soit de statuer elle-même sur les demandes en révision d'une déclaration de culpabilité, soit de recommander au Cabinet ou au ministre de la Justice dans quel sens statuer sur celles-ci. Que ce soit la commission ou l'agence, ou le Cabinet ou le ministre de la Justice, qui prenne la décision finale, les trois voies de recours existantes à l'heure actuelle aux termes de l'art. 690 du C. cr. pourraient être conservées, ou l'une ou plusieurs d'entre elles pourraient être éliminées. Également, une toute nouvelle voie de recours pourrait être instaurée.

Quelle que soit la forme que prendrait une proposition de modification du système, elle devrait faire en sorte que le mode de présentation des requêtes en révision des condamnations au pénal et le mode d'enquête soient justes et complets, et qu'ils soient perçus comme tels.

CONCLUSION

Dans cet examen de la procédure de révision des condamnations au pénal, nous avons abordé l'expérience actuelle et certains des points que les propositions de modification du système doivent résoudre. La révision d'une déclaration de culpabilité constituera toujours un événement exceptionnel quelle que soit la réforme à laquelle il aura été procédé; un système efficace à cet égard renforcera l'efficacité et l'impartialité du système de justice pénale.